

O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE APLICADO ÀS RESOLUÇÕES DOS CONFLITOS COM A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

ELIANA CALMON ALVES

Ministra do Superior Tribunal de Justiça

1. Introdução

A formação jurídica de origem romano-germânica pautou-se, historicamente, pelas relações privadas, nas quais o Direito Civil predominava no centro do sistema, e a interpretação jurídica equivalia ao exercício de subsunção dos fatos à norma.

Dentro dessa visão positivista, pode-se dizer que a aplicação do direito obedecia às seguintes características:

- a) caráter científico;
- b) emprego da lógica formal;
- c) sistema completo, ou a plenitude do ordenamento jurídico;
- d) racionalidade da lei; e
- e) neutralidade do intérprete.

As circunstâncias políticas do País atrasaram a aceitação dos novos conceitos jurídicos oriundos da Europa (Alemanha e França) e dos Estados Unidos nos anos 70 e 80, apregoados pela Teoria Crítica do Direito.

O pensamento crítico enfatizou o caráter ideológico do Direito, considerando a produção legislativa como produto dos interesses dominantes e apregoando que o intérprete deve buscar a justiça ainda quando não a encontra na lei.

O movimento jurídico-filosófico estabeleceu-se em segmentos da intelectualidade brasileira e daí emigrou para a magistratura, que aderiu à Escola do Direito Alternativo, nascida no Rio Grande do Sul, ou ao movimento nominado de “Direito Achado na Rua”, da Universidade de Brasília.

Esse movimento, por mim denominado “Revolta da Toga”, trouxe muitas conseqüências, boas e ruins. A par de ter desperdiçado as potencialidades das normas vigentes e radicalizado o mundo jurídico oficial, que se defendeu, trancando-se em uma cápsula ainda mais tradicionalista, deu ele origem a uma geração menos dogmática, mais permeável aos conhecimentos teóricos, elevando o nível do conhecimento jurídico dos operadores do Direito.

O ponto culminante desse caminhar histórico está na década de 90, quando começaram a aparecer, institucionalmente, as conseqüências da CF/88. A partir de então, podemos dizer que se varreram da comunidade jurídica as negações absolutas e os compromissos à margem da lei. Em seu lugar surge a interpretação principiológica, fundada em valores éticos e sociais. Afinal, compromete-se o intérprete com a lei, sem se desapartar da conscientização dos valores reais da sociedade.

Assim, inaugura o Brasil a queda do positivismo emblemático, para, só na década de 90, pontificar a idéia de Direito como função social, com novas definições, novos princípios e novas regras, tudo trabalhado dentro da nova hermenêutica.

Garantias, Princípios e Regras Constitucionais

O pós-positivismo inaugura o encontro da norma com a ética, introduzindo no ordenamento jurídico positivo as idéias de justiça e legitimidade, materializadas em princípios, assim nominados os valores compartilhados pela sociedade em um dado momento e lugar.

Os princípios, além de condensarem valores, dão unidade ao sistema jurídico e condicionam o trabalho interpretativo. A tradição jurídico-cristã sempre aceitou a identificação de princípios do ordenamento jurídico, mas somente no pós-positivismo é que foram eles abrigados pela Lei Maior, como síntese dos valores ideológicos, trazendo harmonia ao sistema.

Conceituando-se os princípios como valores sociais identificados em um momento histórico, temos que as regras jurídicas seguem tais valores, entendendo-as como proposições normativas sedimentadas à vista dos fatos da vida.

Sob o ponto de vista da dogmática, pode-se afirmar que:

- a) os princípios não têm visão puramente axiológica e ética; têm eficácia jurídica e aplicação direta e imediata;
- b) inexistem princípios meramente programáticos;
- c) os princípios têm maior teor de abstração que as normas; e
- d) a distinção entre princípio e regra é meramente qualitativa.

O sistema é dinâmico e mutável, porque também mutável é a sua base de sustentação: as relações sociais. Esse pluralismo pode levar à colisão de princípios, dentro da mais absoluta normalidade do sistema, porque os princípios são imutáveis.

Cabe ao intérprete, diante do antagonismo, conciliar o sistema, utilizando-se das ferramentas jurídicas: a hierarquia, a ordem cronológica ou temporal, a especialização e a ponderação de valores, ferramentas estas que são utilizadas seguindo-se a idéia do razoável.

Assim, temos a Constituição como um conjunto de princípios e regras destinadas à realização do direito que, como sistema aberto, apreende o infinito de possibilidades do mundo real, funcionando como verdadeiro filtro.

Os princípios são espécies de canaletes de comunicação entre o sistema de valores e o sistema jurídico. Por isso mesmo, não comportam enumeração taxativa, embora realçados alguns e normalmente identificados: princípio do estado de direito, princípio da liberdade, princípio da igualdade e, ainda, os princípios da razoabilidade e da dignidade da pessoa humana.

Os Princípios do Direito Administrativo

Demarcando-se o objeto de estudo, podemos, então, traçar as pautas de interesse. Dentro dos princípios constitucionais na matéria tributária, surge, como linha primeira de pensamento, a convicção de que podem os princípios estar expressos na Constituição ou, de outro modo, implícitos, só identificados porque resultam das limitações políticas do Estado, em outra dimensão que não a tributária, como, por exemplo, os limites resultantes do regime federativo.

O art. 37 da Constituição deixa expressos diversos princípios, dentre os quais o princípio da legalidade, o princípio da moralidade, o princípio da impessoalidade e o princípio da publicidade.

Há princípios que não estão expressos, mas desbordam-se do texto constitucional, como o princípio da supremacia do poder público.

O mais importante dos princípios é o da legalidade, porque em matéria de Direito Administrativo o liame que vincula a Administração à lei é muito estreito. Se em direito privado o que não é proibido é permitido, em direito administrativo só se pode fazer o que é permitido. Em outras palavras, tudo que se pratica, só pode ser feito com embasamento na lei. Afinal, administrar é aplicar a lei, de ofício, disse Seabra Fagundes.

Assim, examinado o ato administrativo, não se pode olvidar que dentro das fronteiras da lei há uma faixa de liberdade na qual se movimenta o administrador, faixa esta menor ou maior, a depender do tipo do ato. Se de um ato vinculado se tratar, tem-se um rígido regramento para o ato, em todos os seus elementos: finalidade, motivação, competência, forma e objeto.

Se de ato discricionário se cuida, há maior afrouxamento na disciplina e o administrador tem maior liberdade para agir, muito embora não possa fazê-lo de forma arbitrária. Daí a possibilidade de o Judiciário imiscuir-se no seio do ato discricionário para exercer o seu controle de legalidade a partir da finalidade, da motivação e da moralidade. Se o ato sofrer qualquer desvio, nesse restrito campo, o Judiciário decreta a sua nulidade.

É interessante observar que, pelo princípio da supremacia do poder público, coloca-se o Estado em posição acima dos cidadãos, o que contraria o postulado constitucional da igualdade de todos perante a lei, na concepção formalista.

Abandonados os critérios de igualdade formal, postulado maior da Revolução Francesa, ingressou a modernidade na era da igualdade substancial. Não basta a lei para decretar a igualdade, torna-se imperioso outorgar igualdade de opções, de escolhas, de chances, para ser socialmente igual. Este é um dos pontos cardeais das ações positivas ou afirmativas do Estado.

Esse princípio tem caráter relativo e, na doutrina, não há consenso quanto ao seu efetivo alcance.

Especula-se em torno da divisão entre igualdade jurídica e igualdade econômica. A primeira tem um sentido de generalidade (todos), e a segunda, um sentido de uniformidade.

Por fim, é necessário dizer que a relatividade do princípio permite discriminações razoáveis. Daí a possibilidade de fazer a lei discriminações pessoais (ex. discriminam-se profissões ou atividades específicas); discriminações no interesse fiscal (ex. IPI do cigarro e dos remédios); discriminações no interesse social (ex. isenções ou reduções do ônus fiscal para entidades beneficentes, altas alíquotas do IPI para as bebidas).

Registre-se que o caráter relativo do princípio se deve ao enfoque da igualdade substancial.

Outro princípio implícito é o princípio da segurança jurídica, o qual é fundamental e deriva da própria existência do Estado Democrático de Direito.

O valor maior que se busca na vida social é a segurança da vida, das relações jurídicas e das instituições, para possibilitar o planejamento, a reflexão e a sedimentação de valores.

A Carta Magna é pródiga em estabelecer os princípios ensejadores deste princípio maior, identificado como segurança jurídica, que se bifurca em dois outros, considerados hoje como pontos cardeais na aplicação da norma de direito público. São os da dignidade da pessoa humana e da proporcionalidade.

O princípio da proporcionalidade surgiu no século XVIII para ter aplicação na esfera do Direito Penal. Entretanto, no século seguinte foi adotado pelo Direito Público, encontrando segura guarida no seio do Direito Constitucional, a fim de que por ele seja exercido o controle de constitucionalidade das normas.

Pelo princípio da proporcionalidade procura-se aferir a compatibilidade da lei aos fins constitucionais previstos.

No exercício do controle constitucional das normas o Judiciário ajusta a lei ao caso concreto e no plano do direito administrativo exerce o controle da legalidade dos atos administrativos.

Aplicando o princípio em destaque, seja no controle da constitucionalidade, seja no controle da legalidade, cabe ao julgador decotar os excessos, seja do legislador, no caso de inconstitucionalidade, seja do administrador, no caso de ilegalidade.

O princípio da proporcionalidade ou da proibição do excesso, como já dito, não está expresso. Emana do estado de direito, no qual está o exercício do poder subordinado à ordem jurídica que o limita e o impede de agir com arbítrio.

Não são poucos os artigos constitucionais que trazem embutido o princípio em destaque. Em enumeração meramente exemplificativa, temos:

- a) veda que a pena passe da pessoa do condenado (art. 5º, XLV);
- b) exige a individualização da pena (art. 5º, XLVI e XLVII);
- c) determina que a pena seja cumprida em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza de cada pena (art. 5º, XLVIII);
- d) impõe o respeito à integridade física (art. 5º, XLIX); e
- e) dispensa a identificação criminal (art. 5º, LVIII).

Sem diferenças significativas, formalmente costuma-se falar em princípio da razoabilidade como sendo “a relação de congruência lógica entre o fato e a atuação concreta da administração”.

Sem importância prática na distinção entre esses dois princípios, pode-se inclusive afirmar que tudo que é proporcional é também razoável. Mas em uma tênue nuance diferencial, pode-se dizer que há um traço característico de subsidiariedade entre ambos os conceitos, na medida em que é a proporcionalidade um predicamento do atributo da razoabilidade. O pressuposto fundamental da razoabilidade da norma que rege a atuação do Estado desdobra-se em quatro outros subprincípios.

O primeiro subprincípio é o da justificação, porque, dentro do critério de supremacia do poder público, é preciso não olvidar o princípio da dignidade da pessoa humana, podendo-se afirmar que só se sacrifica o interesse individual, em função do interesse coletivo, em caso de absoluta necessidade.

O segundo subprincípio é o da adequação, pois só se vulnera interesse público de forma adequada e por meio próprio e limitado e fim específico.

Assim, temos como subprincípios: justificação, adequação, proporção e restrição das normas que se sancionem.

O nó górdio da questão está na resposta à seguinte indagação: até que ponto o Judiciário pode avaliar a proporcionalidade e afastar as razões técnicas e concretas do legislador? Não resta dúvida que tem a magistratura de fazer um exame macro da situação para não cometer o erro de privilegiar um princípio em detrimento, tendo sempre a idéia de que o administrador age de acordo com a lei e, no limite do que decida, pode-se sacrificar a lei em nome de um princípio maior, cujo ápice está no princípio da dignidade da pessoa humana.